

## A aparente legalidade da delação premiada e a imoralidade legalizada

**Autor: Ricardo Cunha Martins**

Advogado, Professor de Processo Penal na Unisinos e na Escola Superior de Advocacia, Mestre em Direito

publicado em 30.8.2010

 [\[enviar este artigo\]](#)  [\[imprimir\]](#)

As legislações ocidentais em vista do aumento e da sofisticação do crime organizado no mundo elaboraram, de forma mais ou menos comum, instrumentos jurídicos capazes de dar uma resposta mais severa e punitiva contra a chamada indústria organizada do crime. Além dos tratados internacionais e dos mecanismos de repressão, ganhou destaque no final do século passado o **acordo de delação** ou **acordo de leniência** para certas modalidades criminosas, merecendo destaque, em especial, a sua justificativa na hipótese do terrorismo.

No direito comparado podemos lembrar a legislação italiana, cuja sociedade sofreu o impacto da chamada Operação Mãos Limpas, em que a Lei nº 82, de 15 de março de 1991, estabeleceu pena menor para coautor de sequestro delator.<sup>(1)</sup>

No direito espanhol, alemão, americano, colombiano, vamos encontrar mais ou menos os mesmos princípios, adotados também pela nossa legislação, que por meio de diferentes leis adota a possibilidade da premiação pela redução da pena ao corréu delator.

Entendemos, contudo, que, embora ponderáveis as justificativas que albergam a possibilidade da delação, há uma série de considerações que merecem destaque para o seu entendimento como meio de prova eficaz e válida juridicamente, dentro daquilo que o processo civilizatório construiu como ideia do devido processo legal, sua moralidade como conjunto de princípios de decência e credibilidade, sem a qual é impossível a possibilidade de alcançar-se a Justiça. Mais, o aspecto da sua constitucionalidade frente a respeitáveis princípios constitucionais. Esses pontos é que merecem uma maior reflexão.

Deve a lei ser entendida, precipuamente, como um preceito de resguardo ético, para que possa ter legitimidade social e força de cogência natural, na busca do bem comum, da coexistência pacífica dos homens e da observância da ordem pública.

Não pode, por exemplo, a lei normatizar, com o seu conteúdo, comportamento contrário à ética, aos costumes, à moralidade pública, à naturalidade das coisas e à ordem moral do instinto humano, sob pena de perder legitimidade política, jurídica e social.

Mesmo que se ande em diferentes caminhos sobre o sentido da lei como decorrente de um direito natural, como técnica social que visa a buscar a coexistência humana, como fundamento moral para os atos humanos, ou o direito como força, a verdade é que o direito positivo não terá legitimidade sem uma base ética, que lhe é inerente.<sup>(2)</sup>

Sobre a necessidade da ética e da existência de valores na lei é importante a lembrança de Luiz Flávio Gomes exatamente a propósito da delação premiada:

“O direito para ser duradouro tem que se assentar em vigas éticas firmes. O Direito é um conjunto normativo eminentemente ético e é por isso que é acatado e respeitado. Em determinadas circunstâncias até se

compreende o prevalecimento de um valor sobre o outro, mas o que não dá para entender é a transformação do Direito em instrumento de antivalores. Colocar em lei que o traidor merece prêmio é difundir uma cultura antivalorativa. É um equívoco pedagógico enorme. Ainda que o valor perseguido seja o de combater o crime, ainda assim, constitui um preço muito alto tentar alcançar esse fim com um meio tão questionado. O fim, em última instância, está justificando os meios.”(3)

A **delação premiada** como **acordo realizado** entre a acusação (Estado – Ministério Público), com a participação do Juiz (Poder Judiciário), e o réu delator, com a previsão de **premiação** pela traição, com a máxima vênia, viola a moralidade do sistema legal, ferindo a Constituição na parte que **veda** no processo meios probatórios ilícitos, entendendo-se que a **traição** constitui **imoralidade** que caracteriza os meios probatórios **ilegítimos, ilícitos e vedados**, pois não se admite que a lei albergue a **imoralidade** como instrumento para constituir e produzir provas! E não se trata aqui de querer misturar a lei com a moral, pois coisas distintas. Não. O que se quer demonstrar aqui é que a ilicitude encontra abrigo na imoralidade.

O sentido da vedação da prova ilícita sempre foi o de assegurar no processo meios morais na produção da prova, além de proibir a prática de crimes na punição dos crimes.

A **traição** pelo senso civilizatório é uma **imoralidade**, não podendo ser justificada pela finalidade de auxiliar na punição dos crimes, pois existem outros meios lícitos para cumprir tal finalidade, não podendo os fins justificar os meios. O que se pensar então da traição “premiada”?

Não é crível que a acusação pública na busca da punição dos crimes se sirva de um criminoso colaborador para, a partir da traição, colocar nas mãos do Estado Juiz os fundamentos probatórios de uma condenação. Sobre a credibilidade do criminoso colaborador é importante registrar o testemunho do Juiz **Stephen S. Trott**:

“Um criminoso colaborador é muito mais perigoso do que um bisturi porque um informante tem mente própria e, quase sempre, é uma mente que não carrega os valores e os princípios que animam a nossa lei e a nossa Constituição. Um informante é geralmente motivado por interesse próprio, este frequentemente de natureza sociopata, e que ele coloca em primeiro lugar. Mudará em um instante sempre que perceber que o seu interesse será melhor atendido de outra maneira. Por definição, informantes-testemunhas não são só foras da lei, mas também vira-casacas. Eles são traidores e um promotor desatento a essas verdades desagradáveis anda sem patins em gelo escorregadio. Em um momento, um promotor pode efetivamente transformar-se no objeto de uma investigação, com consequências duras. Ademais, um informante, mesmo aparentemente engajado em colaborar com o caso, pode cometer perjúrio, obstruir a justiça, produzir prova falsa e recrutar outras testemunhas para corroborar suas histórias falsas. Depois de quarenta anos em nosso sistema judicial, eu concluí que a mais grave ameaça à integridade de nosso sistema de justiça e à sua missão de busca da verdade – e, ainda, aos próprios promotores – vem de informantes mal escolhidos para seus papéis, manuseados e trabalhados sem cuidado.” (O uso de um criminoso como testemunha: um problema especial – **RT**, n. 866 – Doutrina Penal, fls. 405)

Sobre o sentido de ser a delação um ato de traição, com a quebra da ética mínima que deve existir nas relações humanas, não há maiores divergências entre diversos autores sobre o tema:

“A impunidade de agentes encobertos e dos chamados ‘arrepentidos’ constitui uma séria lesão à eticidade do Estado, ou seja, ao princípio que forma parte essencial do Estado de Direito: o Estado não pode se valer de meios imorais para evitar a impunidade (...) o Estado está se valendo da cooperação de um delinquente, comprada ao preço da sua impunidade para ‘fazer justiça’, o que o Direito Penal liberal repugna desde os tempos de Beccaria.” (Zaffaroni)(4)

“Ora, delação sempre é ato imoral e aético, já que a própria vida em sociedade pressupõe o expurgo da traição das relações sociais e pessoais. A quebra de confiança que se opera com a delação gera, necessariamente, desagregação, e esta traz a desordem, que não se coaduna com a organização visada pelo pacto social e com a ordem constitucional legitimamente instituída.” (Roberto Soares Garcia)(5)

“A polêmica em torno da ‘delação premiada’, em razão de seu absurdo ético, nunca deixará de existir. Se, de um lado, representa importante mecanismo de combate à criminalidade organizada, de outro, parte traduz -se num incentivo legal à traição.” (Damásio de Jesus)(6)

Outro aspecto relevante é que a Administração Pública é parte no acordo, formalizado com a participação do Ministério Público e homologado pelo Poder Judiciário. Ora, se a Constituição da República reza que a Administração Pública obedecerá aos princípios da legalidade e da moralidade, não poderá participar de **acordos de traição**, oferecendo **premiação** pela **delação**, servindo como instrumento de condutas imorais reprováveis e que não merecem credibilidade, além de sua questionável legalidade.

A delação, em última análise, passa a ser um ato da administração, pois dela a Administração Pública participa por meio do Ministério Público e do Poder Judiciário, o que viola o princípio da moralidade administrativa, sendo inconcebível que seus agentes participem de ato desconforme aos princípios éticos.

Sobre a necessidade da observância do princípio da moralidade na Administração Pública é sempre elementar o ensinamento do Direito Constitucional e da doutrina do Direito Público sobre o tema:

“De acordo com ele, a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando ilicitude que assujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica na conformidade do art. 37 da Constituição. Compreendem-se em seu âmbito, como é evidente, os chamados princípios da lealdade e da boa-fé, tão oportunamente encarecidos pelo mestre espanhol Jesús Gonzáles Perez em monografia preciosa. Segundo os cânones da lealdade e da boa-fé, a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhaneza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos.”(7)

“O certo é que a moralidade do ato administrativo, juntamente com a sua legalidade e a sua finalidade, constituem pressupostos de validade, sem os quais toda atividade pública será ilegítima. Já disse notável jurista luso – Antônio José Brandão – que a atividade dos administradores, além de traduzir a vontade de obter o máximo de eficiência administrativa, terá ainda de corresponder à vontade constante de viver honestamente, de não prejudicar outrem e de dar a cada um o que lhe pertence – princípios de direito natural já lapidadamente formulados pelos jurisconsultos romanos. À luz dessas ideias, tanto infringe a moralidade administrativa o administrador que, para atuar, foi determinado por fins imorais ou desonestos, como aquele que desprezou a ordem institucional e, embora movido pelo zelo profissional, invade a esfera reservada a outras funções, ou procura obter mera vantagem para o patrimônio confiado à sua guarda.”(8)

Portanto, há uma violação ao princípio da moralidade administrativa quando a Administração Pública participa de acordos de traição com premiação, ademais, secretamente, como querem alguns.

**Fausto Martin de Sanctis** sustenta em sua obra, **Crime organizado e lavagem de dinheiro**, que a delação premiada, embora “atitude eticamente condenável (traz a ideia de traição)”, é justificável “em face das vantagens que possam advir”, salientando que “não importa a

motivação real do colaborador”, pois busca a cessação da atividade criminosa e a captura de outros delinquentes, “numa equação custo-benefício”. Mais, que o Estado deve “estimular” a delação.

Com a máxima vênia, pensamos que não pode ser assim, não se podendo resumir a função nobre de prestar jurisdição numa “equação custo-benefício” com o sacrifício de padrões éticos para alcançar a “cessação do crime”,<sup>(9)</sup> ademais, o Estado estimulando condutas eticamente censuráveis para cumprir os seus “fins”, transformando o homem em objeto, violando sua dignidade. A respeito lembra **Canotilho**:

“Ao basear a República na dignidade humana da pessoa, a Constituição pretende realçar a rejeição de concepções transpessoalistas de Estado e Nação (tudo pela Nação, nada contra a Nação; tudo pelo Estado, nada contra o Estado), em que os fins do Estado adquirem substantividade própria, com sacrifícios, se necessário, dos valores específicos e inalienáveis da própria pessoa humana. A dignidade da pessoa humana é, assim, um valor autônomo e específico, inerente aos homens em virtude da sua simples personalidade. Consequentemente, a República baseia-se no homem como sujeito e não como objeto dos poderes ou relações de domínio.” (**Constituição da República Portuguesa anotada**, 3. ed., p. 58)

O ilustre Magistrado Fausto de Sanctis, em sua obra, ao referir sobre o procedimento da delação, destaca a forma **sigilosa** do acordo e a participação do Juiz para homologá-lo, com a presença do acusado delator e do Ministério Público, apresentando, inclusive, **modelos de “acordo de delação premiada”**, com vários tópicos já estabelecidos, condições, crimes, prêmio, validade da prova, garantias, rescisão, controle judicial e homologação, num verdadeiro negócio jurídico, esquecendo, no entanto, a existência de princípios-garantias constitucionais que impedem a legalidade de tal proceder.

Um procedimento **sigiloso** é imprestável como **prova**, pois num Estado de Direito Democrático é impensável atos sigilosos ou secretos da Administração Pública contra o cidadão. Tal proceder só vige em **estados totalitários** de infeliz lembrança histórica.

Não é possível procedimento secreto como meio de prova, sendo impensável acusação penal que obriga o contraditório a apresentar **acordo sigiloso** como prova, sem observar o direito de defesa. Esclarecedor o voto do Min. **Marco Aurélio** no HC 90688-PR, em que declara:

“Entendo presente o interesse da defesa em conhecer não só aqueles que subscreveram o citado acordo de delação premiada como também o teor desta, visando mesmo à oposição quanto ao que asseverado na denúncia. O acordo não pode servir para a persecução criminal e ficar à margem do conhecimento da defesa.

Acompanho o relator no que conhece parcialmente a impetração, afastando a possibilidade de apreciar o tema que o Superior Tribunal de Justiça não examinou. Acompanho-o na parte em que, com o endosso da Ministra Cármen Lúcia e do Ministro Carlos Ayres Britto, assenta o direito da defesa de conhecer aqueles que subscreveram o citado acordo quer como Estado-acusador, quer como Estado-juiz, já que, a um só tempo, não poderiam fazê-lo e atuar na ação penal intentada. Vou adiante para concluir que a delação premiada objetiva transparência maior, objetiva a elucidação de fato criminoso e, assim, o teor do que veiculado por um dos corréus não pode ficar estranho ao processo criminal.” (HC 90688-PR, STF, Primeira Turma)

Outro problema grave é a fragilidade da sua credibilidade como meio de prova, considerando as condições pessoais do **delator**, que, fragilizado em todos os sentidos diante da acusação de um crime e da ameaça da condenação, busca benefícios (**prêmio**) com o fruto da sua traição, que deverá ser “eficaz”. Mais, será **estimulado** pelo Estado!

Sabe-se, outrossim, como tem sido empregado o método por parte da Polícia ou do Ministério Público, para alcançar e obter a **delação**, fazendo ofertas, ameaças, constrangimentos de publicidade de matérias muitas vezes íntimas e sigilosas, para ao final obter o tão decantado acordo de leniência, o que retira qualquer credibilidade e seriedade da delação, para não se falar das condições ilegais dos meios de obtenção. Deixa de ser, inclusive, ato voluntário para se tornar um negócio provocado!

Outro aspecto que merece indagação é como o criminoso **firmar acordo** imoral com o representante da **legalidade**, no caso o Estado por meio do Ministério Público ou do Juiz, negociando vantagens, à custa de incriminar terceiros? Mais, como que o Estado, por meio do Juiz, poderá **julgar** o terceiro alcançado pelo **acordo da traição** em que foi parte o próprio Estado? Com que **imparcialidade** e **legitimidade**?

Portanto, cumpre registrar a ilegalidade pela inconstitucionalidade da delação premiada, pois viola o princípio da moralidade administrativa, viola a licitude dos meios probatórios, além de violar o contraditório e a ampla defesa por ser acordo em segredo, princípios constitucionais que devem ser observados.

### **Questionável meio de prova e nulidade do processo**

Por outro lado, para argumentar, mesmo que se admita a legalidade da delação, é inquestionável que a sua presença cria uma série de problemas no procedimento criminal e leva ao questionamento da sua real efetivação como meio de prova, além de criar pressupostos para a **nulidade do processo**.

Embora diversas leis esparsas(10) tragam a possibilidade da delação premiada nos crimes que tipificam, nenhuma regulamenta especificamente o procedimento da delação, bem como as providências a serem observadas para cumprir o contraditório e o direito de defesa no curso da ação penal em que ocorra a **delação** por parte do corréu.

Por exemplo, como fica o direito de defesa dos corréus acusados, pois a delação no caso importa na conhecida "chamada de corréu", que pode ser vítima de acusações falsas por parte do réu "colaborador" que incorre em denúncia caluniosa?

Por outro lado, para se apurar a veracidade da **delação** há a necessidade de se observar o direito ao contraditório. O primeiro aspecto que merece atenção é o **direito sagrado** do corréu acusado de tomar conhecimento do teor da delação, até para se defender, sendo inconstitucional neste sentido o propalado **segredo** do **acordo** firmado entre a acusação e o réu delator. Não pode existir segredo para aquele que é alcançado pela delação! A respeito merece lembrança o ensinamento de **Frederico Valdez Pereira**:

"Questão também importante é a necessidade de confrontação do colaborador com a defesa do acusado. Uma das exigências para se conferir valor probatório às declarações do delator no processo, desfazendo o direito à presunção de inocência do acusado, é a necessidade de se submeter esse elemento de prova ao contraditório. É necessário trazer ao processo as declarações reveladoras do beneficiário da delação, permitindo que a defesa do acusado produza prova em contrário no curso do procedimento. Sem isso, a colaboração premiada não pode ter o efeito de afastar a presunção de inocência."(11)

"No que pertine a essa questão da preservação do contraditório, o colaborador terá que depor em juízo confirmando as suas declarações para ter direito ao grau de benefício mais elevado, alcançando até o perdão judicial. Mas, e é aqui aonde se queria chegar, o colaborador será submetido às perguntas da defesa e não poderá se esconder atrás da proteção do direito ao silêncio, pela renúncia que fez no caso concreto." (mesma obra citada)

Como se vê, e não poderia ser diferente, aplica-se na hipótese a chamada de **corrêu**.

A doutrina e a jurisprudência de há muito ensinam as condições e as circunstâncias da chamada de “**corrêu**”, ou seja, a delação feita por acusado que confessa o seu crime e inclui nele a participação de outro, que, por sua vez, o nega. A questão que se coloca é até que ponto a confissão do coautor servirá de prova contra o outro réu acusado.

A doutrina faz distinção com aceno na credibilidade maior ou menor na delação de **corrêu** que se autoincrimina ou que se inocenta, acusando o outro.

A delação de **corrêu** que busca escusar-se, acusando o outro, merece maiores reservas do que a versão do delator que se autoincrimina, confessando também a sua própria culpa e a do outro.

Aspecto importante é que a confissão do **corrêu** só vale como confissão para a sua própria pessoa, não se estendendo como confissão para o outro, visto que a confissão é personalíssima e intransferível. Contudo, sempre a confissão do **corrêu** merece toda a cautela e cuidado quando acusa o outro, devendo ser analisada dentro do contexto geral da prova e da sua harmonia e compatibilidade.

Agora, aqui no tema da **delação premiada**, em que há incentivo e acordo, acredita-se que seu objeto apresenta o vício da ilegalidade se não permitir o contraditório, não podendo servir como prova.

Ademais, aspecto delicado é como não ser vítima da **contaminação** o Juízo que firmou e homologou o **acordo** com o traidor, **acordo que deve ser eficaz?**

É evidente que o órgão do Ministério Público ou o representante do Poder Judiciário que tenha participado do **acordo** fica **impedido** de participar da ação penal futura, ou tornar-se-á **impedido** de continuar na ação penal em curso, pelos impedimentos previstos no art. 252 do Código de Processo Penal, passando a ser parte interessada no feito, aplicando-se o art. 258 do mesmo Código ao Ministério Público.

A participação do Juiz no acordo, no mínimo, quebra o princípio da imparcialidade e viola o princípio da isonomia das partes do processo, pois o Juiz que deveria julgar participou de tratativas para “beneficiar” quem é parte no processo, isto é, a acusação pública, inclusive, perdendo sua independência funcional e confundindo sua nobre atividade de prestar jurisdição e observar a Lei para ativamente participar das fileiras daqueles que buscam a “punição exemplar”, com o discurso fácil e cômodo da “moralidade pública”, nem que para isso se tenha que rasgar a Ordem Constitucional para punir severamente culpados e inocentes. A história tristemente registra o perigo de tais posturas, transformando o Direito em vingança e a jurisdição em tirania. Aqui se entende a importância da vedação constitucional da **prova ilícita** e a **limitação** ao Poder Probatório do Estado, que não pode ser absoluto!

Por tais razões deve a comunidade jurídica refletir sobre a possibilidade da **delação premiada** servir como instrumento de prova no processo. Pensamos que sabiamente o constituinte constitucional originário colocou uma vedação e um limite ao poder probatório do titular da ação penal.

## Notas

1. Ver, a respeito, **Delação Premiada** – No Combate ao Crime Organizado, José Alexandre Marson Guidi, Lemos & Cruz, Publicações Jurídicas, 2006, fls. 102.

2. Na história do pensamento filosófico e jurídico, sucederam-se quatro concepções fundamentais sobre a validade do Direito. A primeira considera que o Direito Positivo baseia-se num direito natural eterno, imutável e necessário. A segunda julga o Direito fundado na moral e o

considera, portanto, uma forma diminuída ou imperfeita. A terceira reduz o Direito à força, ou seja, uma realidade histórica politicamente organizada. Por fim, uma corrente considera o Direito como uma técnica social. Ver Nicola Abbagnano, **Dicionário de Filosofia**, Martins Fontes, 1998, fls. 278.

3. GOMES, Luiz Flávio. Crime Organizado: o que se entende por isso depois da Lei nº 10.217/2001. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, n. 11, dez./jan. 2002.

4. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Crime organizado: uma categoria frustrada, **in Discursos sediciosos**, Instituto Carioca de Criminologia, RJ. Relume/Dumará, a. 1, v. 1, 1996, p. 45.

5. Delação Premiada: ética e moral, às favas! **Boletim IBCCRIM**. SP. a. 13, n. 159, p. 2. fev. 2006.

6. Estágio Atual da Delação premiada no Direito Penal Brasileiro. **Revista do Ministério Público do RJ**, n. 23, fls. 112, 2006.

7. Celso Antônio Bandeira de Mello, **Curso de Direito Administrativo**, Malheiros Editores, fls. 120, 26. ed., 2008.

8. Hely Lopes Meirelles, **Direito Administrativo Brasileiro**, 11. ed., RT, fls. 62, SP.

9. Eis a passagem do ilustre autor em sua obra: "O prêmio punitivo que se concede ao suspeito/acusado visa a uma eficaz busca da verdade, não importando a motivação real do colaborador. Atitude eticamente condenável (traz a ideia de traição), mas estimulada pelo Estado, em face das vantagens que possam advir com a cessação da atividade criminosa, ou com a captura de outros delinquentes, numa equação custo-benefício". Obra citada, p. 158, Saraiva, 2009.

10. No Brasil, as seguintes leis tratam da possibilidade da delação premiada: Lei 8072/90 (crimes hediondos), Lei 8137/90 (crimes contra a ordem tributária), Lei 9034/95 (crime organizado), Lei 9613/98 (lavagem de capitais), Lei 10409/02 (tóxicos), Lei 9807/99 (proteção de testemunhas, vítimas e réu colaborador), além de algumas hipóteses do Código Penal.

11. Valor Probatório da Colaboração Processual (Delação Premiada), **RT**, n. 879 – Segunda Seção – Doutrina Penal, fls. 488.

**Referência bibliográfica** (de acordo com a NBR 6023: 2002/ABNT):

**MARTINS, Ricardo Cunha.** *A aparente legalidade da delação premiada e a imoralidade legalizada.* **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 37, ago. 2010. Disponível em: < [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao037/ricardo\\_martins.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao037/ricardo_martins.html) > Acesso em: 06 dez. 2010.